

LA VIGILANCIA, LA SUPERVISIÓN Y EL CONTROL ADMINISTRATIVOS (REFLEXIONES SOBRE SU FORMACIÓN, EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL)

LUCIANO PAREJO ALFONSO
Catedrático de Derecho Administrativo,
Universidad Carlos III de Madrid.

SUMARIO: I. Introducción. Evolución histórica: del *ius inspectionis* a la vigilancia y la supervisión. II. El régimen general de la supervisión, orgánica y de actividades. III. La superveniencia del control, categoría voraz por su vocación omnicomprensiva. IV. La relación jurídica como institución clave para el tratamiento dogmático adecuado de las actividades de vigilancia, supervisión y, en definitiva, control. IV.1. La idoneidad de la relación jurídica para la construcción dogmática del Derecho Administrativo en general y del régimen jurídico de la vigilancia en general y la supervisión y el control en particular. IV.2. La relación jurídico-constitucional y el juego ambivalente, en ella, de la libertad. V. *Excursus* final sobre el control judicial.*

I. INTRODUCCIÓN. EVOLUCIÓN HISTÓRICA: DEL *IUS INSPECTIONIS* A LA VIGILANCIA Y LA SUPERVISIÓN

El control es hoy un supraconcepto polisémico que el Derecho positivo emplea sin mayor rigor y está aún falto también de adecuada construcción dogmática. Alude genéricamente (y responde, por ello, a la correspondiente necesidad) a la regulación, el dominio o el gobierno de un sistema, es decir, en lo que aquí interesa tanto del aparato de poder, como de la vida social, por lo que –desde tal punto de vista– encuentra su raíz histórica en el *ius inspectionis* inscrito en la *summa potestas* o supremo señorío del Antiguo Régimen y es fruto, por tanto, de una larga evolución histórica que, sobre la base de la función de cuidado o vela, conduce a la vigilancia (y los instrumentos de que la misma se sirve: la información, la verificación, la comprobación y la inspección, así como las correspondientes medidas de reacción) y su variedad más actual: la supervisión; evolución en la que todas esas técnicas han acabado englobadas en esta voraz categoría de la que vamos a ocuparnos.

* El presente trabajo forma parte de uno más amplio publicado en el libro colectivo *Control Administrativo y Justicia Administrativa*, INAP, Madrid, 2016.

Al hilo del desarrollo de la que los historiadores han denominado Monarquía administrativa, a partir del siglo XIII comienza el de un sistema de administración con vocación de alcanzar la totalidad del territorio, de modo que la fragmentación y dispersión (por delegación) de la suprema potestad hace surgir la cuestión del control de la actuación de los oficiales reales. La configuración de los mecanismos al efecto va a producirse, sin obediencia a un sistema, por acumulación de procedimientos diversos centrados en la exigencia de responsabilidad y –sin duda por la amplitud de la *iurisdictio* en la época– la figura del juez. Los principales de esos mecanismos, articulados sobre la base del principio inquisitivo, son:

- a) La pesquisa, tanto general, como especial, efectuada en virtud de la pertinente carta de comisión (inclusiva de las instrucciones a cumplir).
- b) La veeduría.
- c) La visitación.
- d) La toma de cuentas.
- e) La residencia (juicio de residencia).

Se trata de mecanismos cuya vigencia –a pesar de su declive ya claro en el siglo XVIII– se prolonga en mayor o menor medida durante todo el Antiguo Régimen, de modo que en éste el control pivotó en definitiva sobre tres ejes: la pesquisa (instrumento flexible), la residencia (mecanismo más pesado y complejo, entreverado finalmente con la pesquisa) y la visita específica para los órganos colegiados superiores.

La Constitución de Cádiz de 1812 supone ciertamente una cesura en tanto que rompe la unidad del supremo señorío y lo fracciona mediante la separación de poderes, pero sin que la racionalidad esquemática de ésta impida la pervivencia del viejo *ius inspectionis* en forma ahora de potestades de vigilancia e inspección. Sucede, pues, con el haz de facultades relativas a la información, conocimiento, valoración y fiscalización lo mismo que con la potestad de organización: su adherencia, a título accesorio o instrumental pero necesario, de las tres funciones-poderes constitucionales en las que se centra la atención (control del poder real por las Cortes, regulación de la actuación del poder real en ejecución de las leyes y la tutela de los ayuntamientos por las diputaciones, por ejemplo). Los mecanismos de fiscalización decantados bajo el régimen fenecido van, pues, no ya a sobrevivir, sino, incluso, medrar en la época constitucional, proporcionando el soporte para el desarrollo en ella de la potestad administrativa de vigilancia e inspección, como sin más revela la evolución de las funciones públicas-testigo de educación y sanidad.

La evolución en nuestro caso no ha sido muy diferente, pues y salvando las inevitables diferencias, de la experimentada por el *ius inspectionis* en sistemas de nuestro entorno y, en particular, el alemán. Como ha expuesto, en efecto, M.

BULLINGER¹, la *Staatsaufsicht* o supervisión estatal (tradicional tutela) trae causa del viejo *ius supremae inspectionis* (*Oberaufsicht*). La referencia al caso alemán permite destacar –gracias a la peculiaridad de la evolución su constitucionalismo– el fenómeno clave de diferenciación que tiene lugar entre la “inspección” reflexiva sobre las propias estructuras del poder público o vinculadas con ella (dando lugar a la *Aufsicht*, es decir, la supervisión orgánica) y la “inspección” de la vida social (dando lugar a la *Überwachung* o supervisión de actividades). Momento éste en que queda planteada la cuestión (con la emergencia del Estado liberal de Derecho) –en este sentido W. SCHOENBORN²– de si el Estado posee una potestad general de vigilancia y, en su caso, con qué alcance, llegándose a la doble conclusión: negativa de inexistencia ya de cualquier poder implícito y general de vigilancia o supervisión [control] y positiva de existencia sólo de las potestades legalmente atribuidas.

Entre nosotros este decisivo momento de inflexión se sitúa con precedentes en el siglo XVIII³, en la Constitución de Cádiz de 1812 que, si bien no consagró directamente las libertades de comercio e industria, sí reconoció expresamente diversas libertades⁴. Se trata de un momento a partir del cual se va decantando, de un lado y con independencia de los mecanismos de control o fiscalización en el seno de la organización pública y en paralelo al fatigoso desarrollo del Estado liberal de Derecho, el deslinde, de otro lado, entre la intervención que procura la situación de “buena policía” y el control del ejercicio de actividades sobre la base de la libertad: si aquélla portaba la facultad de determinar el alcance de la libertad en cada caso, éste se va a circunscribir ahora a velar por el respeto a los límites a la misma fijados por la Ley.

En el curso de la laboriosa construcción de nuestro sistema administrativo a lo largo del siglo XIX se va produciendo, en efecto, la depuración de las técnicas

1 BULLINGER, M., “Staatsaufsicht in der Wirtschaft”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft. 22, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1965, p. 275 y ss.

2 SCHOENBORN, W., *Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Staatsrecht*, Carl Winter’s Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1906.

3 Analizados por TORNOS MAS, J., “El principio de libertad de comercio en el constitucionalismo español. De la Constitución de Cádiz a la de 1978”, Ponencia presentada al VI Congreso de la Asociación de Profesores Españoles de Derecho Administrativo, San Fernando (Cádiz), febrero de 2010.

4 Así, la libertad civil, el derecho de propiedad y demás derechos legítimos (artículo 4), la libertad política de imprenta (artículo 131, 24^o), la libertad personal, individual o de cada individuo (artículos 172, 11^a y 173) y la libertad de escritura, imprenta y publicación (artículo 371).

relacionables con las tareas materiales de cuidado, observación y recogida de información, de un lado, y las jurídicas, de vigilancia e inspección, de otro:

1. En las disposiciones iniciales sobre el gobierno municipal y provincial de las dos primeras décadas del siglo, se establecen: i) diversas técnicas al servicio de la obtención de la necesaria información para el desarrollo de las tareas administrativas, en particular la elaboración de notas o noticias (y su registro) sobre la población y las enfermedades y la formación de estados, censos y estadísticas, así como padrones; y ii) al efecto de la policía general y de los diferentes ramos de actuación, la función de vigilancia bajo diversas fórmulas y, con mayor precisión, la función de inspección tanto de las actividades privadas (en particular establecimientos), como, sobre todo, del funcionamiento de la propia organización administrativa, incluso en forma de lo que luego se conocerá como tutela de los municipios.

2. A lo largo de todo el siglo XIX continúa haciéndose referencia a la tarea material de observación, recogida y suministro de información, pero a medida que avanza el siglo se emplean con mayor rigor, aunque prácticamente como equivalentes, los términos vigilancia e inspección, por cierto con distinción de la alta inspección; y ii) se diferencia, respecto de la referida a la actividad de los sujetos privados, la actividad de inspección de la propia organización y su funcionamiento y la del funcionamiento de establecimientos sostenidos con fondos municipales o provinciales.

En el concreto ramo clásico de la administración –el de la enseñanza– cabe distinguir las siguientes fases:

- 1ª. Mera continuidad de las veedurías y las visitas durante los períodos de vigencia del primer texto constitucional.
- 2ª. Emergencia embrionaria de la función de inspección, confundida aún con la visitación entre 1825 y 1847.
- 3ª. Decantación orgánica y funcional de la función de vigilancia e inspección a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX en términos que hacen de la visita instrumento esencial de dicha función y ulterior consolidación y perfeccionamiento hasta nuestros días.

La aparición, como función pública específica, de la supervisión es muy posterior a la formación plena de la inspección, mencionándose por primera vez, salvo error, en la segunda mitad del siglo XX, concretamente en la Ley Orgánica de 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el estatuto de los centros escolares, es decir, justamente en el ámbito de la enseñanza. Pero su despliegue se produce en el sector financiero con la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores y a propósito de la creación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; texto legal que contiene hasta 162 referencias a aquella función. Inmediatamente se extiende el recurso al hilo de la liberalización de actividades, en particular la desencadenada por la famosa Directiva Bolkestein (traspuesta por las Leyes

conocidas como paraguas y ómnibus) y el vuelco dado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, al orden de principios de la intervención administrativa poniendo en cabeza del mismo la preferencia de la menor restricción o limitación posible y la proporcionalidad de toda medida, con paralela imposición a las Administraciones Públicas del deber de velar por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente mediante las actividades consistentes en comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan (artículo 39 bis del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJPAC). No es casual, en efecto, la complementación de la regulación de sectores objeto de liberalización al hilo de la modulación del Estado social, a impulsos del Derecho comunitario, como Estado garante de las prestaciones en el que la responsabilidad estatal integral por las tareas públicas se desagrega en las dos básicas de garantía y de ejecución de éstas para abrir la posibilidad de la entrega instrumental de la segunda al mercado, cobrando así nuevo relieve la supervisión. Pero en el que por ello surgen nuevos y graves problemas, alguno de porte constitucional (como el de las restricciones constitucionales al proceso decisional de descarga en el sector privado), pero que se concentran especialmente en el control. Son de destacar: la factibilidad misma del control público una vez que se ha desprendido de los recursos personales y materiales esenciales, en el correspondiente sector, para el conocimiento de la realidad y su valoración y los términos en que debe articularse el control de esa misma supervisión, cuando es también ésta la que privatiza.

Del estado insatisfactorio actual de la cuestión da cuenta la escasa duración de la vigencia del primer régimen general de los organismos reguladores por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, que –conteniendo 66 alusiones a la supervisión– identifica el objeto de aquéllos con los conceptos de “vela” por el funcionamiento del correspondiente sector y les atribuye a tal efecto, entre otras, la funciones de supervisión, inspección y sanción. La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que contiene 35 referencias a la supervisión, ha venido, en efecto, a quebrar el modelo, sustituyéndolo por el cuestionable basado en la sustancial convergencia orgánica, en tal organismo de las tareas de supervisión antes distribuidas por los especializados en los diversos sectores. La potenciación de la supervisión continúa, sin embargo y bajo el influjo de la internacionalización de la actividad crediticia, como demuestra la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (en la que se hacen hasta 258 menciones a ella).

II. EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SUPERVISIÓN, ORGÁNICA Y DE ACTIVIDADES

En el régimen jurídico básico del conjunto de las Administraciones Públicas y de la local en particular la regulación actual de las funciones de que se viene

hablando se caracteriza por las notas de: i) falta de perspectiva unitaria conducente a una regulación asistemática y desigual de los ámbitos organizativo o *ad intra*, intermedio de las relaciones interadministrativas y de tutela o supervisión orgánica (en grado diverso), así como –a estos efectos– de las relaciones de sujeción especial (*lato sensu*); y, finalmente, *ad extra* o propio de las relaciones de sujeción general (pero con manifiesta concentración en este último ámbito); e ii) imprecisión, por empleo acumulativo de múltiples conceptos de significación próxima pero no necesariamente idéntica, con evidente finalidad de delimitar el contenido de las funciones aludidas, pero con notoria ausencia de mención a la supervisión. En efecto:

A. Ámbito de la actuación administrativa *ad extra*.

a) En la LRJPAC se recurre, en primer término, a un concepto de gran amplitud y raigambre histórica: la vela (el cuidado) por el cumplimiento de los requerimientos legales a que estén sujetas las actividades de los sujetos privados; concepto que se sitúa en el contexto de la forma de actuación administrativa “intervención” y pretende denotar ciertamente una actividad con identidad propia, pero que solo se identifica como habilitadora de una serie de ulteriores actividades más concretas de carácter instrumental, que simplemente se enumeran sin especificación de su contenido y alcance.

Dada su amplitud, la acción de velar (cuidar) es, por de pronto, inherente a la genérica definitoria constitucionalmente de la Administración pública (servicio al interés general conforme al Derecho ejecutando los pertinentes programas normativos) en tanto que condición y presupuesto de toda actuación dirigida a tal fin. Pero, por ello mismo, se ofrece teleológicamente vinculada –por razón de su objeto: la actividad de los sujetos privados– a la intervención administrativa y el empleo, por tanto, de las técnicas en que ésta pueda traducirse. Es, pues, una actividad “para” la intervención (que constituye su fin primario al servicio del cometido funcional general del poder público administrativo), luciendo implícita tal vinculación en la regulación de la reacción administrativa posible al incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber legal de información en su caso impuesto al sujeto privado (reacción que, aunque aparezca formalmente circunscrita en la Ley a la exigencia de las responsabilidades en que se haya podido incurrir, comprende evidentemente el recurso a las potestades anulatoria, revocatoria, de restablecimiento de la realidad alterada y sancionadora).

Desde esta perspectiva, las actividades consistentes en comprobar, verificar, investigar y –muy significativamente– inspeccionar adquieren sustantividad propia: son actividades a que puede conducir (mejor: dar lugar) o en las que puede desembocar o traducirse (o, mejor, dar lugar) la genérica de velar. Tienen así por objeto ya un objeto concreto, aunque referido a

cualesquiera realidades, sean fácticas (hechos, elementos, circunstancias), sean jurídicas (actos, estimaciones), y ello sin restricción alguna, pues la delimitación legal tiene la evidente pretensión de operar como cláusula general y abierta.

- b) En la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local (LrBRL) –régimen, el local, donde tradicionalmente el legislador ha ensayado fórmulas y esquemas generales– la asunción de la perspectiva de la intervención de la actividad de los sujetos privados es abierta y directa, razón por la que lo es también la conexión finalista con los medios susceptibles de empleo: la normación (ordenanzas y bandos), el control *ex ante* (licencia, autorización), la imposición de deberes de información (comunicación previa y declaración responsable), el control *ex post* (verificación) y la orden individual. Aunque no haya referencia a la acción de velar, ésta está implícita (dándose por presupuesta), como se deduce ya del empleo del concepto de control –constitutivo indudablemente de un tipo genérico aglutinador de técnicas concretas de intervención, pero inclusivo también de la verificación de la corrección de actos de los sujetos privados (comunicaciones previas y declaraciones responsables) que, obviamente, requiere una acción previa dirigida a adquirir conocimiento de la realidad de las actividades a comunicar o declarar.

B. Ámbito de las relaciones *ad extra* en que concurre cierta sujeción especial (*lato sensu*).

Solo existe una regulación general para las relaciones *ex contractu*, es decir, en la contratación del sector público (no así para las referidas al patrimonio de las Administraciones públicas), de modo que –en el resto– ha de estarse al régimen sectorial pertinente (cuyo estudio aquí no es posible).

De la aludida legislación de contratación resulta con claridad la asignación a la Administración contratante de la función de velar por (en términos, aquí sí y excepcionalmente, de “supervisar”) el cumplimiento de los objetivos perseguidos con el establecimiento de la relación contractual (la ejecución del contrato), capaz de traducirse, con carácter general, en la adopción de instrucciones al contratista y, de modo específico y en el caso de los contratos típicos de concesión de obra pública y de gestión de servicio público, en “vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario” (pudiendo a tal efecto inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales, así como la documentación, relacionados con el objeto de la concesión) y ejercer “los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios”.

C. Ámbito de las relaciones de la tradicionalmente calificada como tutela (en grado diverso) y calificable hoy, mejor, como supervisión orgánica.

El núcleo de este ámbito, formado tradicionalmente por organizaciones de base asociativa de carácter más o menos jurídico-público (residuo de la conocida como Administración corporativa), ha venido experimentando últimamente transformaciones en sentido, en algunos casos, de relajación de la sujeción a tutela o supervisión orgánica de la correspondiente Administración pública (por extensión de la ya desaparecida –como tutela– sobre la Administración local, en tanto que manifestaciones específicas de autoadministración, de la que la local es el modelo). Pero en todos ellos dicha sujeción se sigue expresando bien en potestades de aprobación (como en el caso de los Colegios Profesionales), bien incluso de autorización y control (como en el supuesto de las Federaciones deportivas), bien calificadas expresivamente de tutela (cual sucede con las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación); tutela que comprende: i) con carácter general, el ejercicio de las potestades administrativas de aprobación, fiscalización, resolución de recursos, suspensión y disolución las actividades de las Cámaras; y con relación a las actividades de éstas de interés general relativas al comercio exterior, ii) el ejercicio de las potestades administrativas de aprobación, control, coordinación, resolución de recursos y suspensión de actividades de interés general.

Por lo que hace a las entidades de interés público, las Reales Academias continúan bajo el simbólico alto patronazgo de la Corona y las colocadas en la estela del añejo campo de la beneficencia, es decir, las fundaciones están sujetas a la institución de honda raigambre del protectorado (de la Administración), que tiene por fin justamente velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones (más concretamente: por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general), comprendiendo: i) la verificación de la aplicación de los recursos económicos a los fines fundacionales; ii) la asunción provisional de las funciones del órgano de gobierno en caso de falta de todas las personas llamadas a integrarlo; iii) la designación de nuevos patronos durante el período de constitución, cuando los patronos inicialmente designados no promuevan su inscripción registral; iv) la legitimación para ejercitar la pertinente acción de responsabilidad e instar, cuando proceda, el cese de los patronos, así como para impugnar los actos y acuerdos del patronato que contrarios a preceptos legales o estatutarios; y v) promover la persecución penal en caso de encuentro de indicios racionales de ilicitud penal en la actividad fundacional.

Es obvio que el ejercicio de todas las expuestas potestades –muy significativamente la tutela y el protectorado– tiene como presupuesto la acción de velar

y, por tanto, de vigilar el funcionamiento y la actuación de las correspondientes organizaciones.

D. Ámbito organizativo o *ad intra*.

La exclusión del ámbito de aplicación de la regulación de los contratos del sector público de los supuestos de actuación de las Administraciones a través de medios propios remite, para el ámbito interno (incluyendo las relaciones entre Administración matriz y entes instrumentales), a la LRJPAC. Pero ésta no establece, como ya se había anticipado, prescripción alguna relevante en el plano que interesa al regular (en el orden del funcionamiento interno de cada una de las organizaciones administrativas) la delegación de competencias, la avocación, la encomienda de gestión o la coordinación de competencias y solo determina –desde la perspectiva de la jerarquía– la inherencia a ésta del dictado de instrucciones y órdenes de servicio para dirigir la actividad de los órganos dependientes (dirección que, sin embargo, debe entenderse que implica la vigilancia de dicha actividad).

El silencio sobre las relaciones entre la Administración matriz y el ente instrumental es colmado, para la Administración General del Estado, por:

- a) La Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de dicha Administración para los organismos públicos (organismos autónomos, agencias estatales y entidades públicas empresariales), que prescribe para todos ellos la sujeción a la dirección estratégica, la evaluación y el control de resultados de su actividad por la Administración matriz, así como reglas especiales para la avocación y la delegación de competencias (que suponen la sujeción de tales operaciones al conocimiento y, en su caso, aprobación de la Administración matriz).
- b) La Ley de 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, en la medida en que establece una regulación de las llamadas fundaciones del sector público y atribuye a la Administración General del Estado las potestades de: *i*) autorización de la constitución, transformación, fusión y extinción y de los actos y negocios que impliquen la adquisición o pérdida del carácter de fundación del sector público; y *ii*) protectorado.
- c) Ámbito, por último, de las relaciones entre las Administraciones territoriales autónomas entre sí.

El tratamiento de estas relaciones es diferenciado.

En el caso de las relaciones entre las Administraciones territoriales superiores y la local, la LrBRL –sin perjuicio de articular aquéllas, con carácter general y sobre la base del principio de autonomía, sobre la colaboración y cooperación voluntarias y la judicialización de los conflictos– establece todo un código de técnicas consistentes en:

- La imposición a los entes locales del deber de información (sobre actos y acuerdos) a las Administraciones superiores, facultando a éstas para recabar

y obtener información con el fin de comprobación efectiva de la aplicación de la legislación correspondiente (pudiendo solicitar, al efecto, la exhibición de expedientes y solicitar informes).

- La vinculación de la delegación de competencias a la previsión y el juego de técnicas de dirección y control de oportunidad y eficiencia.
- La inclusión en la coordinación de la fijación de objetivos y la determinación de prioridades en planes sectoriales condicionantes de las facultades locales de programación, planificación y ordenación de los servicios y actividades propios.
- El apoderamiento a las instancias superiores para –en caso de incumplimientos locales que afecten a competencias de aquéllas– efectuar recordatorios de cumplimiento en determinado plazo y adoptar, en su caso, las medidas necesarias para el cumplimiento en sustitución de la entidad local y a su costa, así como para –en el supuesto extremo de gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga incumplimiento de obligaciones constitucionales– disolver (la instancia general) los órganos las corporaciones locales.

El bloque de la constitucionalidad es más escueto, por razones obvias, cuando se trata de las relaciones de la instancia general con las autonómicas; relaciones que se abordan sin penetrar en la estructura de una y otras para llegar a sus respectivas Administraciones. La regulación prácticamente se circunscribe, en lo que importa, en la previsión por la Constitución Española (CE) de:

- La reserva por las Cortes Generales, para sí, de controles no precisados en el caso de operaciones de atribución a las Comunidades Autónomas de la facultad de dictado de normas en el marco de principios, bases y directrices fijados por Ley estatal o, incluso, de la delegación o transferencia de la potestad legislativa misma.
- La habilitación, en caso de incumplimiento autonómico de obligaciones constitucionales o legales o de actuación asimismo autonómica de forma gravemente atentatoria al interés general, para la formulación de requerimientos de cumplimiento o rectificación y, en caso de no atención de éstos, la adopción de medidas necesarias para obligar al cumplimiento forzoso o la protección del interés general, pudiendo a tal efecto cursadas instrucciones a todas las autoridades autonómicas.

No puede olvidarse, sin embargo, que la construcción constitucional del Estado autonómico sobre la trilogía de principios unidad-autonomía-solidaridad (artículo 2 CE) implica para todas las instancias territoriales del Estado un doble deber: *i)* negativo de abstención de actos que perjudiquen o perturben el interés del conjunto y *ii)* positivo de auxilio y apoyo recíprocos; deberes en que se concreta el de mutua lealtad que, a su vez, es emanación del más general de fidelidad a la CE, y postula, en su resultado, el equilibrio económico territorial adecuado y justo (SsTC 76/1983, de 5 de agosto; 135/1992, de 5 de octubre; 109/2004, de 30

de junio; 247/2007, de 12 de diciembre; y 19/2013, de 31 de enero). Aunque no consagrada expresamente, la regla de la lealtad institucional así formulada –que impone a todas las instancias territoriales una actuación con estricta fidelidad a, y de forma congruente con, el orden definido por la CE– se entiende inherente al Estado autonómico, en cuanto presupuesto inexcusable de la viabilidad misma del modelo territorial de Estado (SsTC 96/1986, de 10 de julio; 46/1990, de 15 de marzo; 64/1990, de 5 de abril; y 247/2007, de 12 de diciembre).

- Así pues, la especificidad de la organización territorial no sólo permite, sino que presupone y reclama, en el momento dinámico de su funcionamiento, la relación directa de sus tres instancias territoriales básicas y, en tal contexto y dado el sistema de distribución de competencias, la colaboración activa entre ellas regida por la cooperación y la coordinación administrativas (véanse, entre otras, SsTC 214/1989 de 21 de diciembre [*Tol 8541*]; 40/1998, de 19 de febrero; 149/1998, de 2 de julio; 194/2004, de 4 de noviembre; y 247/2007, de 12 de diciembre; 31/2010, de 28 de junio; 204/2011, de 15 de diciembre; y 123/2012, de 5 de junio). Si la cooperación se produce sobre la voluntariedad, la coordinación lo hace sobre la obligatoriedad y se caracteriza, así, por la imperatividad, incluso unilateral (vid. STC 70/1997, de 10 de abril, y las allí citadas).

Es obvio que la expuesta colaboración –sea voluntaria en plano de igualdad, sea coordinada– precisa del conocimiento por las Administraciones de los datos pertinentes, por lo que se entiende la inclusión en el régimen general de las relaciones interadministrativas del deber de facilitación recíproca de la información que (significativamente) precisen sobre la actividad que cada una desarrolle en el ejercicio de sus propias competencias.

Pero, por debajo de tales previsiones expresas e implícitas discurren las relaciones diarias en los elocuentes términos (seguimiento, informe, análisis, evaluación, alta inspección) que reflejan las disposiciones organizativas (en términos que implican el desarrollo de una actividad de vela y vigilancia) contenidas en las estructuras orgánicas de los Ministerios de Hacienda y Administraciones Públicas y de Educación, Cultura y Deporte.

III. LA SUPERVENIENCIA DEL CONTROL, CATEGORÍA VORAZ POR SU VOCACIÓN OMNICOMPRESIVA

Al panorama expuesto ha venido a sumarse el control que, aunque con perfil poco preciso y diversa regulación sectorial, puede considerarse consolidado ya –sin perjuicio de su relevancia igualmente en el campo social y como con acierto afirma W. KAHL⁵– como clave del sistema funcional estatal de enorme radio de

5 KAHL, W., “Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle”, en HOFFMANN-RIEM, W., SCHMIDT-ASSMANN y A. VOSSKUHL, A. (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, T. III, Verlag C.H. Beck, Munich, 2009, p. 427 y ss.

acción (por razón de la pluralidad de sus manifestaciones y heterogeneidad de criterios, técnicas, instrumentos, fines e, incluso, sujetos que implica), lo que le hace desde luego capaz de comprender no solo las técnicas hasta ahora analizadas, sino incluso y –en términos aún poco claros– otras nuevas, especialmente las de carácter económico-financiero y procedentes del ámbito de la economía (como, por ejemplo, el *controlling*⁶).

Una primera aproximación la proporciona la perspectiva etimológica (el término procede del francés *contrôle*, derivado, a su vez, de *contre-rôle* o registro de referencia, que procede del latín *contra rotulus*), cuya significación histórica es la de contraste, examen y comprobación de la correspondencia de un estado o proceso con un plan o esquema. Su esencia radica, así, en la actividad de comparación de un objeto con un criterio de referencia que aboca en la comprobación de una coincidencia o divergencia para (y éste es su fin último) la adopción de la decisión que sea procedente.

En nuestro Derecho Constitucional el término, como la emergencia de la propia técnica, es reciente, si bien en el histórico hay técnicas que hoy calificaríamos de control, pero que no aparecen aún bajo tal denominación. Asumiendo

6 Entendido en sentido amplio como actividad sistemática gerencial de contraste de resultados con estándares predeterminados, planes u objetivos a fin de comprobar el ajuste de los primeros a los segundos y, en su caso, adoptar medidas correctivas adecuadas para asegurar el uso más efectivo y eficiente posible de los recursos en la consecución de los objetivos.

Se trata de un componente esencial del más reciente modelo de dirección o gestión públicos destinado a compensar las consecuencias de la potenciación de la descentralización de la responsabilidad en el manejo de los recursos y de la flexibilización de la ejecución presupuestaria y a recuperar, por tanto, el déficit de coordinación generado por el desmantelamiento de la jerarquía de control y que denotan normalmente la jerarquía de coordinación pero desde fuera del objeto de control hoy se admite la existencia y la planificación presupuestaria tradicional.

En tanto que sistema informativo de alarma temprana garantiza el reconocimiento tempestivo de deficiencias y, consecuentemente, la rápida reacción ante ellas. Cumple, así, una función de reunión, sistematización y valoración de información pertinente (sobre todo de relevancia económica) para asegurar la consideración de puntos de vista económicos y de eficacia en las decisiones administrativas (teniendo como núcleo la contabilidad y el análisis de costes y resultados).

A diferencia del control tradicional, el *controlling* es un instrumento transversal (con fuerte componente económico) de apoyo a la dirección que se centra no tanto en la reacción como en la prevención. Conecta elementos de control clásicos con elementos de dirección paralela al desarrollo mismo de los procesos de trabajo y repercute, por ello, en el juego de diferentes técnicas de vigilancia y supervisión. Quiere decirse, pues, que no sustituye estas últimas, constituyendo más bien un *aliud* que presenta zonas secantes con ellas.

En el ámbito empresarial y con incipiente aplicación en las estructuras administrativas se distingue entre el *controlling* estratégico (que coloca en primer plano la tarea de evaluación y revisión) y el operativo (que se focaliza en la vigilancia y la corrección).

cierto anacronismo en el empleo del concepto, la evolución constitucional a este respecto puede sintetizarse así⁷:

I. En el texto de 1812, al igual que –con solo ligeras variaciones– en los de 1837, 1845, 1869 y 1875:

1. Se establecen, sin formar aún verdadero sistema, controles político-administrativos, pero no así judiciales, toda vez que –dada la influencia del modelo angloamericano en este punto (circunscripción de los Tribunales a la aplicación Leyes en lo Civil y Criminal; artículo 242 en 1812 [en 1837: artículo 63; en 1869: artículo 91; en 1876: 76])– la intervención de estos últimos solo aflora, en combinación con los controles políticos, para la exigencia de responsabilidad personal sobre todo penal (téngase en cuenta que la evolución del control contencioso-administrativo discurre por otros cauces). Estos controles político-administrativos son intrafuncionales e interfuncionales, pero no –por razón de la organización territorial del Estado– interterritoriales.
2. El control político-administrativo es:
 - 2.1. Intrafuncional basado, de un lado, en la dirección-jerarquía: *i)* Rey respecto de secretarios de Estado y de despacho (nombramiento-separación: artículo 171 [en 1837: ya respecto de los Ministros, artículo 47; en 1845 artículo 45]), y *ii)* Rey respecto de diputaciones-municipios (artículo 335.3º en 1812); y, de otro lado, en el asesoramiento: Consejo de Estado en asuntos gubernativos (artículo 236 en 1812).
 - 2.2. Interfuncional: *i)* político entre las Cortes y el Rey/los secretarios de Estado y de despacho), capaz de desembocar en judicial (en los términos antes indicados): artículos 131.25, 226, 228 y 229 en 1812 (en 1837, responsabilidad personal de los Ministros ante el Senado: artículo 40; en

7 Debe tenerse en cuenta que el control judicial (contencioso-administrativo) evoluciona al margen de las previsiones constitucionales (si se deja aparte la *non nata* Constitución de Bayona de 1808):

- Bajo clara influencia del sistema francés las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845 atribuyen en un primer momento el control judicial de la actividad administrativa, como es sabido, al Consejo Real (a partir de 1858: Consejo de Estado), con jurisdicción retenida, y los Consejos Provinciales, con jurisdicción delegada.

- La Ley de Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888 introduce el llamado sistema mixto también en doble escalón: la Sala de Justicia del Consejo de Estado y los Tribunales Provinciales.

- La Ley Maura de 5 de abril de 1904, inserta el órgano mixto central anterior en el Tribunal Supremo.

- Es la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 26 de diciembre de 1956 la que judicializa plenamente el control contencioso-administrativo.

- La posterior evolución, hasta hoy, puede caracterizarse como progresiva normalización o pérdida de su singularidad por el control contencioso-administrativo.

1845: artículo 39); y *ii*) económico-financiero por parte de las Cortes en relación con las cuentas (artículo 131.16º en 1812, aunque luego no hay ya mención a él)⁸.

II. En la Constitución de 1931 es apreciable el desarrollo y la complicación del sistema de control, especialmente el interfuncional. No aparece todavía (en el plano constitucional) un control judicial del complejo Gobierno-Administración, pero sí su previsión (artículo 101: “La ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria, y contra los actos discrecionales de la misma, constitutivos de exceso o desviación de poder”). Cabe distinguir:

1. Control político interfuncional (ahora son tres los órganos-funciones en liza: Presidente de la República, Presidente del Gobierno y Gobierno y Congreso):
 - 1.1. Entre el Congreso y el Presidente de la República: *i*) elección del Presidente; *ii*) facultades presidenciales limitadas de suspensión y disolución del Congreso (artículo 81); y *iii*) facultades de destitución y de acusación con desembocadura en responsabilidad penal del Presidente ante el Tribunal Garantías Constitucionales-destitución (artículo 85).
 - 1.2. Entre el Presidente de la República y el Gobierno: nombramiento y separación del Presidente del Gobierno y (a propuesta de éste) de los Ministros (artículo 75); facultades que deben relacionarse con las de suspensión y disolución del Congreso.
 - 1.3. Entre el Congreso y el Gobierno: *i*) censura del Gobierno o de los Ministros individualmente (artículo 64); *ii*) responsabilidad solidaria e individual de los miembros del Gobierno y responsabilidad personal civil y penal de éstos exigible ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (artículos 91 y 92).
2. Control político-administrativo intrafuncional: *i*) dirección político-administrativa del Presidente del Gobierno y *ii*) alta dirección y gestión de los servicios públicos de los respectivos departamentos por los Ministros (artículo 87).
3. Control mediante asesoramiento inter- e intrafuncional remitido a la Ley (artículo 93): órganos asesores y de ordenación económica de la

8 - En 1869, el Rey pierde el control intrafuncional político-administrativo a favor de las Cortes, que lo asumen en punto al nombramiento, separación y responsabilidad de los Ministros: artículos 58 y 89, pero continua en el Rey el referido a los entes locales (diputaciones y municipios: intervención del Rey y, en su caso, las Cortes para impedir extralimitaciones.

- En 1876, el Rey recupera dicho control –nombramiento y separación de los Ministros– y se introduce la autorización previa para procesar autoridades y sus agentes; artículos 54; manteniéndose la intervención respecto de los entes locales, artículo 84).

Administración, del Gobierno y de las Cortes (entre ellos un Cuerpo consultivo supremo de la República en asuntos de Gobierno y Administración).

Es sólo, pues, la vigente Constitución de 1978 la que hace uso consciente y frecuente del término, haciendo así del control un estricto concepto jurídico-constitucional, que emplea hasta 10 veces en siguientes términos:

a) Su objeto es fundamentalmente el ejercicio de poder público constituido, bien directamente por las organizaciones establecidas a tal fin (incluso estas mismas), bien por organizaciones públicas o en mano pública cuya actividad es relevante para el orden basal constitucional (valores superiores, como el pluralismo, o derechos como el de educación)⁹.

De esta suerte el control hace referencia siempre primariamente a: i) la acción, actividad, gestión o cometido o, en su caso, las decisiones, los actos o las actuaciones u omisiones de un sujeto (una entidad o un órgano públicos); o ii) las entidades o los órganos públicos en cuanto tales.

b) El objeto de control puede pertenecer:

- Al mismo poder-función constitucional en que se integra el controlado, dentro de un mismo ordenamiento. Es el caso de la forma de control consistente en el asesoramiento del Gobierno atribuido al Consejo de Estado en los términos del artículo 107 CE.
- A distinto poder-función constitucional que el controlado, pero inscribiéndose ambos aún en el mismo ordenamiento territorial. Es el supuesto de los controles del Parlamento, es decir, las Cortes Generales sobre el complejo orgánico-funcional ejecutivo, o el del Poder Judicial sobre dicho complejo, contemplados en los artículos 54, 76.1, 77.2, 86.2, 94, 106.1, 111, 112, 113.1, 116.2 y 3, 136, y 150.3 CE.
- Al mismo o distinto poder-función constitucional que el controlado, inscritos ambos, sin embargo, en distintos ordenamientos territoriales. Se trata de los supuestos previstos en los artículos 153 y 155 CE.
- A cualesquiera otras funciones constitucionales, con independencia del ordenamiento en el que se inscriban. Es el caso, obviamente, del control cumplido por el Tribunal Constitucional a través de los recursos y cuestiones a cuyo conocimiento se extiende su competencia (artículos 161 y 163 CE).

El control atraviesa, pues, la estructura y el funcionamiento del Estado en su conjunto o globalmente considerado; lo que vale decir que está disperso o

9 Aunque en una ocasión también se emplea (en el plano competencial; artículo 149.1 CE) para hacer referencia a la misión misma del Estado en la dirección, ordenación y configuración de un ámbito o sectores de actividades incluso privadas (control del espacio astas mismas).mo pueda ser participada (en al caso de la educacispacio a superiores, como el pluralismo, o derechos como el de edéreo).

distribuido, de forma desigual, por los tres poderes o funciones clásicos a lo largo de todos los niveles territoriales básicos, cuando no aparece asignado a una institución peculiar como el Tribunal Constitucional.

- c) Sujeto del control es siempre el poder público, aunque la actuación del mecanismo pueda ser participada (en el caso de la educación claramente).

El control supone así la existencia de dos sujetos diferenciados, el controlado y el controlante, y de dos acciones distintas, la controlada y la de control, necesariamente sucesivas en su desarrollo puesto que la de control presupone lógicamente la existencia de la controlada. Y consiste en un examen y una valoración, conforme a cierto criterio, de la acción (u omisión) controlada. Implica, por ello, una relación jurídico-pública específica trabada por razón de, y basada justamente en, la competencia de “control” atribuida a un sujeto público –entidad u órgano– sobre (la acción u omisión de) otro sujeto –entidad u órgano–.

- d) La técnica misma no se agota necesariamente en la mera observación, comprobación o verificación, pudiendo incorporar la eventual corrección de su objeto. Es normal, y así sucede con los controles parlamentario, económico-financiero y judicial previstos en la Constitución, que le sea funcionalmente inherente la adopción de medidas de reacción y, en su caso, de sanción, con diferente alcance. Pero incluso cuando ello no sea así –agotándose su virtualidad, por ejemplo, en la producción de un efecto de transparencia mediante la información y la publicidad– siempre tiene una orientación teleológica: la reacción ante un resultado negativo.

- e) El control carece de un contenido y alcance homogéneos, concretándose de manera diferente según los órganos/entes y las acciones u omisiones que integren en cada caso la relación jurídico-pública de control y en distintas técnicas, dando lugar así a toda una tipología jurídico-positiva de formas de control.

Como quiera que el propio alcance del control, y no sólo su contenido, es diverso, aquél va desde la simple información o comprobación hasta llegar a la adopción de medidas de diversa textura y eficacia. La multiplicidad de las configuraciones constitucionales es aquí evidente, siendo reconducible únicamente por la vía de la clasificación tipológica en dos grandes grupos: el control político y el jurídico, cuyos prototipos o modelos son el parlamentario y el judicial, respectivamente.

En todo caso, el elemento común es siempre la valoración, es decir, el juicio, toda vez que el control implica siempre y cuando menos una actividad de comprobación y examen desde un determinado criterio de medida o referencia.

f) El conjunto de los tipos y mecanismos de control tiene su centro de gravedad, por lo que hace a su objeto, en el Ejecutivo, esto es, el complejo integrado por el Gobierno y la Administración Pública de él dependiente. De esta manera, la función de asesoramiento propia del Consejo de Estado representa un control intrafuncional del Ejecutivo, por la vía de la consulta preceptiva y, en su caso, también vinculante; la suma de técnicas de control político puestas en manos de las Cortes Generales está orientada hacia dicho Ejecutivo; el control judicial relevante constitucionalmente está referido a la potestad reglamentaria del Gobierno y la actuación de la Administración Pública; y las instituciones del Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas tienen por objeto principal la actividad administrativa sustantiva y de gestión económico-financiera.

De todo lo dicho se infiere que, con independencia de la heterogeneidad orgánica y funcional, así como del distinto alcance de las técnicas de control, en la Constitución se regula y, por tanto, se consagra una función de control que tiene una funcionalidad específica en el Estado. En el orden constitucional es discernible, en efecto, un verdadero esquema o sistema de control, que guarda relación con y está al servicio del orden constituido para los poderes públicos. En ese esquema de control existen desde luego elementos comunes, que le otorgan autonomía y perfil propios:

- La diferenciación orgánica y funcional y con ella de dos voluntades, la del sujeto controlante y la del controlado, dando lugar a una relación jurídico-pública específica.
- La existencia de una acción u omisión que, en cuanto objeto de control, es susceptible de ser confrontada con un criterio o medida de valoración.
- El desarrollo de una actividad de control comprensiva de los momentos o fases ideales de información (vigilancia, investigación, inspección), examen y comprobación (juicio) y adopción de la medida o las medidas procedentes.

Siendo claro que el sistema constitucional de control es fruto de una evolución histórica acaecida al compás de la propia del Estado¹⁰, lo es igualmente que dicha evolución ha abocado –trascendiendo el plano constitucional– en la consolidación y generalización del control y la diversificación de sus técnicas al compás de la del propio Estado. Esta circunstancia explica la compatibilidad de la formación de una

10 Caracterizada esta última por las siguientes tres líneas de desarrollo recíprocamente relacionadas entre sí: *i*) el aseguramiento de la funcionalidad del aparato estatal en cuanto tal; *ii*) la coherencia del Estado desde el punto de vista de su organización territorial, como cuestión de primer orden en la estructuración de aquél; y *iii*) la limitación y la sujeción a Derecho del poder público y, especialmente, del complejo constituido por el Gobierno y la Administración.

verdadera función de control, esquema o sistema de control, con independencia de las técnicas en que ésta se concreta. Y posibilita las siguientes afirmaciones:

a) Deben considerarse erróneos los interrogantes acerca del carácter único o plural del control y a su estructura interna única (solo juicio) o doble (juicio más medida reaccional), como también procede considerar innecesario el esfuerzo por identificar –a efectos de una teoría general del control– una única finalidad: concretamente la de garantía.

Cabe sin duda, por de pronto, una construcción común de los controles, sin por ello privar de su economía y lógica a cada uno de los mecanismos y técnicas en que se plasman. La unidad no es en este caso contradictoria con la pluralidad. Dicho de otro modo, la emergencia y afirmación de la categoría “control” no supone la dilución o desnaturalización de las técnicas en que se manifiesta, las cuales conservan, pues, su propia entidad, sin perjuicio de poder quedar referenciadas genéricamente a la función de control.

En cuanto a lo segundo, el juicio y la medida subsecuente son en todo caso elementos necesarios del control, sin que de ello pueda concluirse en modo alguno ni sobre la finalidad de ambos momentos, ni tampoco sobre un contenido, alcance y efectos únicos para ninguno de los dos.

Y finalmente, la búsqueda de una única finalidad carece de sentido en el plano decisivo del papel que desempeña el control como conjunto de mecanismos y técnicas puesto al servicio de la preservación constante de la estructura y el funcionamiento del Estado-poder y la efectividad del Estado-ordenamiento definidos por la norma fundamental.

b) El control debe concebirse, pues, más bien como (compleja) función pública y en modo alguno como simple específica actividad (en concreto, y por lo que aquí interesa, un tipo específico de actividad jurídico-administrativa, cual se ha pretendido desde la tradicional clasificación de la actividad administrativa en activa, consultiva y de control). El control actual no es fruto, en efecto, de un proceso de expansión de una actividad originariamente administrativa, sino, antes bien, el resultado del desarrollo, la acumulación y la articulación de múltiples y distintas actividades-funciones; actividades-funciones que han acabado adquiriendo un contenido común por exigencias del sistema estatal en su misma evolución y constituyendo así, en éste, una peculiar función.

En consecuencia, su caracterización requiere superar las dificultades que para su correcta percepción comportan las categorías clásicas o establecidas de función y actividad, en tanto que desde ellas la categoría ofrece dimensiones propias de una y otra.

Puede asumirse así la caracterización que del control como categoría general o supraconcepto hace W. KAHL¹¹: el análisis retrospectivo de la coincidencia o

11 KAHL, op. cit.

divergencia de un objeto determinado con un criterio predeterminado mediante el que la instancia de control incide directivamente en dicho objeto con el fin de su mejora; incidencia normalmente acompañada de manera diversa con el ajuste al patrón, incluso la corrección, del objeto.

Objeto del control puede ser todo tipo de acciones y omisiones (sean comportamientos, procedimientos o decisiones) y puede desplegarse así en cualquier fase de desarrollo del objeto (preparación, proyectación o planificación; toma de decisión; y ejecución), aunque su juego se active con ocasión o motivo de concretas acciones u omisiones o decisiones. Y, aunque normalmente así sea, los criterios del control no tienen que ser necesariamente ni jurídicos, ni formalizados.

El control produce, pues, consecuencias de diverso alcance en el objeto controlado (sea un comportamiento, una actividad o una decisión) y, desde este punto de vista, desencadena o, incluso, forma parte él mismo de un mecanismo de retroalimentación del correspondiente sistema (p. ej. reajuste del criterio de toma de decisiones por la Administración a la vista de doctrina jurisprudencial bien establecida sobre cuestión determinada). Y ello es así incluso cuando el control tiene directamente efectos sea positivos, sea negativos.

Es claro así que la función del control no es otra que la de asegurar, por diversos medios, la fidelidad al pertinente criterio de referencia o medida (en el caso del control jurídico: a la norma). Pero, en lo que aquí más importa se ofrece precisada, también al igual que otras, como la vigilancia y la supervisión de adecuada construcción y explicación dogmáticas desde la categoría de la relación jurídica. Pues concurriendo en el también la contraposición de sujetos independientes entre sí (siquiera sea parcialmente) —el controlador y el controlado—, se ofrece como idónea (al menos en mayor medida que la tradicional puramente estática y referida a cada operación) una visión del control como proceso o procedimiento en el que es básica la comunicación entre los referidos sujetos.

IV. LA RELACIÓN JURÍDICA COMO INSTITUCIÓN CLAVE PARA EL TRATAMIENTO DOGMÁTICO ADECUADO DE LAS ACTIVIDADES DE VIGILANCIA, SUPERVISIÓN Y, EN DEFINITIVA, CONTROL

IV.1. La idoneidad de la relación jurídica para la construcción dogmática del Derecho Administrativo en general y del régimen jurídico de la vigilancia en general y la supervisión y el control en particular

La recreada importancia, la gran amplitud del radio de acción y la heterogeneidad, hoy, de los objetos de la vigilancia, la supervisión y, en definitiva, el control administrativos, pero especialmente el paso a primer plano de la necesidad de la protección efectiva de los derechos inherentes al *status* constitucional del ciudadano, rompen de suyo las costuras de la construcción tradicional del Derecho Administrativo, especialmente su centramiento en el acto administrativo

y la garantía –en último término judicial– frente a las decisiones del poder público administrativo. La perspectiva alternativa que se ofrece, así, más adecuada para su plena comprensión y tratamiento y sistematización dogmáticos (con las facultades que les son inherentes) es sin duda la de la relación jurídica, por más que los intentos reiterados de construcción del Derecho Administrativo a partir de ella –y no del acto unilateral– no hayan fructificado aún al menos totalmente. En todo caso tal punto de vista no es de ahora. Puede considerarse a N. ACHTERBERG¹² su gran defensor contemporáneo, sin perjuicio de los precursores en el

12 ACHTERBERG, N., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 1982, p. 290 y ss.

Conforme a GRÖSCHNER. R., *Das Überwachungsrechtsverhältnis*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992, ps. 142 y 143, el entendimiento por N. ACHTERBERG del orden jurídico como orden de relaciones jurídicas constituye una verdadera teoría que pone distancia respecto del objeto que describe y analiza, por lo que prescinde absolutamente de toda referencia a la práctica real del Derecho. Sin embargo, entiende que un tratamiento dogmático debe abordar (desde la perspectiva de la supervisión que aquí interesa) lo que sea la relación jurídica en concreto entre la Administración y el sujeto supervisado, dando respuesta a las reticencias doctrinales sobre el recurso a la categoría de la relación jurídica por razón de las dudas derivadas de la falta de claridad de los nexos entre, de un lado, la relación jurídico-administrativa y, de otro lado, tanto el acto administrativo, como la relación jurídico-civil.

Lo primero ha sido objeto de debate en la doctrina alemana, señalándose que el acto ha perdido en realidad su supuesto carácter diferenciador (el efecto puntual) en la medida en que pretende hoy desde luego consistencia y duración en el tiempo. En la medida en que el acto es un instituto formal nada dice sobre aquello que está llevando a cabo la Administración al dictarlo (ejerciendo un derecho o facultad o cumpliendo un deber o una obligación). La ventaja de la diferenciación entre el plano formal y material consiste en que permite desarrollar institutos jurídicos que son algo más que puros instrumentos de la actuación administrativa. Sobre ello, la unilateralidad propia del acto es categoría compatible con las posiciones jur determin derecho/facultad puramente formal (sin contenido concreto) es precisamente consistencia y duracium, 1980)ia a la prídicas que se dan en el seno de la relación jurídica. Pues la característica de tales posiciones consiste en que solo está determinado el titular del derecho/facultad (o del deber/obligación), no su contenido mismo, ni tampoco necesariamente su destinatario. Y un tal derecho/facultad puramente formal (sin contenido concreto) es precisamente es el que se da en la relación jurídico-administrativa general (enmarcada por y derivada de la jurídico-constitucional): un derecho o una facultad de establecer y definir unilateralmente derechos y obligaciones en el seno de las relaciones jurídico-administrativas especiales o concretas. Como quiera que tal derecho tiene como presupuesto una habilitación sustantiva en el caso, merece el calificativo de derecho o facultad formal diferenciado del derecho o facultad sustantivo que solo surge en el seno de la aludida relación jurídico-administrativa especial o concreta.

En punto a la relación entre la relación jurídico-administrativa y la jurídico-civil, la afirmación de la heterogeneidad de ambos tipos de relación afirmada por KRAUSE, P. (informe titulado “Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung” en la reunión de la asociación de profesores alemanes de Derecho del Estado de 1987, Heft 45 der Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, De Gruyter; disponible en Internet, p. 213 y ss.) es puesta en cuestión por R. GRÖSCHNER (op. cit., ps. 148 a 151),n (inexistente en sentido estricto y en cuanto tral)s de las otras partes en ellas; con la consecuencia de que la llamada vincul

campo estrictamente jurídico que él mismo señala: W. BLACKSTONE¹³, H. KELSEN¹⁴, H. NAWIASKY¹⁵ y H.H. RUPP¹⁶. Pues advirtiendo una creciente apreciación por la dogmática jurídico-administrativa de su importancia, sostiene el papel central de la relación jurídica. Para este autor ésta es, en todo caso, un fenómeno general del ordenamiento jurídico, por lo que las cuestiones que suscita (desbordando los límites propios de las diferentes disciplinas) encuentran su residencia lógica en la teoría general, a cuyo tenor por relación jurídica debe tenerse la determinada normativamente entre dos o más sujetos, siempre que presente las siguientes características: a) número variable de puntos o extremos finales; b) relatividad de la subjetividad de éstos; y c) diversidad del grado de configuración por las normas. Y se manifiesta en diferentes clases, entre las que –además de las originarias, derivadas, subsiguientes, sucesivas y contradictorias– destacan las siguientes: *i*) instantáneas (por agotarse su contenido en derechos y obligaciones en un único acto de cumplimiento o ejecución) y duraderas (por reproducirse su contenido en derechos y obligaciones, incluso indefinidamente); y *ii*) transitorias (por configurar una situación jurídica solo provisionalmente y a reserva, en todo caso, de una regulación más definitiva) y definitivas.

Precisamente a la relación jurídica ha recurrido más recientemente R. GRÖSCHNER¹⁷ para su convincente ensayo de construcción dogmática de la supervisión (en la economía) desde la perspectiva de la necesidad de superación de las visiones históricas unilaterales tanto liberal como estatalista de la libertad (la primera por asumir una idea solipsista de esta última y la segunda por exceso de énfasis en la seguridad). La tesis consiste en que la supervisión (económica) consiste en la defensa frente a riesgos y peligros para la tutela de la libertad en el contexto de relaciones jurídicas constitucionales y administrativas que, lejos de perseguir la maximización de libertades particulares, procuran la optimización de la libertad

13 BLACKSTONE, W., *Commentaries on the laws of England*, 1765.

14 KELSEN, H. (aun cuando tomando como punto de referencia el objetivo del orden jurídico), *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Leipzig, 1911.

15 NAWIASKY, H. (que acuña la “relación jurídica en sentido amplio” como equivalente a la relación de poder), *Allgemeine Rechtslehre al System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2ª ed., Einsiedeln, 1948.

La obra de NAWIASKY, *Steuerrechtliche Grundfragen*, en la que el autor aborda la tributación desde la perspectiva justamente de la relación jurídica de poder fue traducida a principios de los años 80 por RAMALLO MASSANET. J. bajo el título *Cuestiones fundamentales de Derecho tributario*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982.

16 RUPP, H. H. (que distingue entre las relaciones en los ámbitos externo e interno), *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, J.C.B. Mohr (Siebeck), Tübingen, 1965.

17 GRÖSCHNER, R., op. cit. p. 117 y ss.

como principio o valor. La subsiguiente exposición descansa por completo, asumiéndola, en la construcción que realiza este autor.

Entendiendo por relación jurídica la existencial o de la vida real¹⁸ regulada jurídicamente que —en términos dogmáticos— da cuenta de la vinculación y, por tanto, correlación específicas entre las correspondientes posiciones jurídicas, en ella debe distinguirse entre: de un lado, la de carácter general, caracterizada por una correlación y vinculación débiles entre posiciones jurídicas solo genéricamente configuradas, y, de otro lado, la especial, en la que se da ya una correlación y vinculación estrictas entre posiciones jurídicas específicas¹⁹. En este marco la relación de supervisión merece la calificación de especial frente a la relación jurídico-administrativa y, más aún, la jurídico-constitucional, que pertenecen a la clase de las generales.

Sobre este trasfondo, la aportación más significativa de R. GRÖSCHNER radica en la afirmación de la ambivalencia —en la dogmática de las relaciones jurídicas— de la libertad²⁰ entendida, como debe ser y al igual que la ejercitada en el contexto

18 Las relaciones de la vida real pueden ser, según su contenido y la intensidad de la vinculación a que dan lugar, de tres clases: relaciones de libertad existencial (en sentido filosófico y como pretensión de autodeterminación sin restricciones externas), relaciones de responsabilidad (en las que solo operan pretensiones morales) y relaciones jurídicas (en las que se hacen valer ya pretensiones jurídicas).

19 Solo las relaciones especiales, en efecto, presuponen cuando menos dos sujetos entre los cuales existen vinculaciones jurídicas, pues lo propio de las generales es la existencia de cuando menos un sujeto jurídico, dotado de una posición general (frente a una pluralidad de destinatarios), existiendo solo en potencia las posiciones jurídicas en ella contrapuestas que pueden llegar a tener contenidos concretos.

Siendo así que las relaciones jurídicas generales tienen ciertamente titulares concretos de posiciones, pero no así ni destinatarios ni contenidos concretos de las posiciones generales en ella contrapuestas, la distinción entre relaciones bilaterales y multilaterales solo tiene importancia en el contexto de las relaciones especiales. Por ello y ateniendo a la utilidad de la relación de supervisión como relación especial, las relaciones jurídico-administrativas multilaterales no deben ser descompuestas en bilaterales, porque con ello se renuncia, en la supervisión, a la utilidad de la multilateralidad que consiste justamente en la posibilidad de precisar, gracias a y en un planteamiento integrado, la relación entre las distintas posiciones que es característica propia de la misma.

20 Ya en la obra de M.F.C. DE SAVIGNY (en su monumental *Sistema del Derecho romano actual*, Ed. Comares, Granada, 2005) aparece un primer intento de comprensión de la relación jurídica como solución de un problema propio de la libertad, al entenderse aquella como la condición para la coexistencia solo posible mediante el reconocimiento de límites, establecidos por el Derecho, generadores del espacio en el que la existencia y la actividad de cada individuo pueda ser libre.

La ambivalencia (o también: carácter dialógico) de la libertad de que aquí se trata deriva de la inserción en una relación jurídica (en un entramado de derechos y obligaciones que se entrecruzan), de modo que no puede tener potencia destructora de la relación misma y debe por ello significar libertad codeterminada y no solo limitada por la de los otros. La dificultad de la libertad dialógica radica en la ambivalencia del concepto de libertad; ambivalencia que radica, a su vez, en que el

de las relaciones personales— de un modo específico y, por tanto, relativo y proporcional (lo que quiere decir justamente ambivalente y dialógico). Pues en las aludidas relaciones de la vida social el ejercicio de la libertad opera en una doble (si es bilateral) o múltiple (si es multilateral) dirección, ya que todo ejercicio desproporcionado de una libertad específica (por no acorde con los términos de la relación existente entre las distintas libertades concretas concurrentes en la relación correspondiente) implica de suyo lesión de la libertad como principio o valor.

El rechazo de toda idealización de la libertad que comporta este planteamiento está en perfecta sintonía con la desmitificación actual del Estado, se inscribe con naturalidad en la evolución del Derecho Público desde la noción del *status* hacia la de la relación jurídica²¹ y tiene como consecuencia la improcedencia de la concepción de los llamados derechos absolutos (en particular la

depósito de confianza que para la toma de la pertinente decisión implica tiene como correlato la también pertinente exigencia o carga (a la hora de la decisión): nadie está obligado a asumir esta última dimensión de exigencia o carga, pero si no la asume no puede reclamar el depósito de confianza correlativo. Esta idea de libertad asume, así, una posición intermedia entre la libertad formal (la que se determina a sí misma sin más) y la material (la susceptible de determinación heterónoma) porque la determinación de su contenido deriva del juego combinado de la confianza y la exigencia de la adopción de una decisión concreta en el caso, pero, al propio tiempo, no siendo aún, actual tal decisión (que estará en función de la situación en que deba tomarse).

La ambivalencia existe en las relaciones jurídicas cuando se trata de trabar en ellas libertades vitales. Si bien la intercalación del poder estatal de regulación excluye la inmediatez personal de la relación, aquel poder asume la decisión precisamente en la forma que se corresponde exactamente con el carácter ambivalente de la libertad al efectuar, en definitiva, una asignación (distributiva) de libertades (en calidad de equivalente -ni liberal, ni social- de lo que en las relaciones personales inmediatas representa el binomio confianza-exigencia de libertad). Se trata de una decisión calificable de arbitral que pone fin al debate sobre la ponderación entre libertades que coliden en una relación vital concreta. En el Derecho de la supervisión tal decisión es, en lo esencial, de un conflicto trilateral: el que media entre el órgano supervisor (en relación con los intereses generales por él gestionados), el sujeto supervisado (en relación con el interés por el representado) y el tercero o terceros afectados por la solución del conflicto (y el conjunto de sus intereses).

Desde el punto de vista de la filosofía tradicional del Estado y el Derecho, la libertad dialógica así definida ocupa también una posición intermedia entre la libertad trascendental de KANT (dado que no es *a priori*, sino *a posteriori* y en el contexto de la experiencia de la realidad) y la libertad metafísica de HEGEL (dado que no se trata de la realización de la libertad en el curso de la historia, sino de una tarea permanentemente inacabada) y, por ello y al mismo tiempo, entre las dos doctrinas filosófico-dogmáticas más influyentes: las del liberalismo y el estatismo. La libertad es pues una tarea permanente e inacabable tanto de cada uno, como del Derecho y el Estado. No es una realidad que pueda llegar a ser adquirida definitivamente, sino una posibilidad que requiere continuamente la configuración de la realidad. La forma jurídico-constitucional de esta posibilidad es el orden de la libertad que exige la Constitución.

21 En el sentido del *from status to contract* apuntado en 1861 por HENRI MAINE en el capítulo V de su *Ancient Law: Its connection with de early history of society and its relation to modern ideas*, J. Murray, London, 1861.

propiedad) con abstracción de la relación jurídica en que se inscriban y, por tanto, de sus potenciales efectos perturbadores.

IV.2. *La relación jurídico-constitucional y el juego ambivalente, en ella, de la libertad*

La Constitución funda no tanto un *status libertatis* (en el sentido de G. JELLINEK) cuanto una relación jurídico-constitucional (general) que, transformando la libertad existencial en jurídica y convirtiéndola en principio constitucional para su asignación o distribución en el escalón de la legislación ordinaria, la garantiza.

Es esta circunstancia la que determina el abandono de la idea de la superioridad del Estado (con correlativa subordinación a él del individuo) y, con ella, la concepción organicista de aquél. Pues la relación jurídica requiere plena capacidad de todos los sujetos de la misma, sin perjuicio de que la distribución en ella de los derechos y las obligaciones que integran su contenido implique la superioridad de unas partes sobre otras. Y no postula en forma alguna una inexistente integración de las partes en ella en el todo orgánico del Estado, cual implica, en definitiva, la doctrina del *status libertatis*; *status* éste que, al estar necesariamente condicionado por el *status subiectionis* constitutivo del fundamento mismo del Estado y presupuesto —en G. JELLINEK— nada menos que de la personalidad, no permite la existencia de verdaderas relaciones jurídicas entre los individuos y el Estado, además de referirse a una libertad compatible con la subordinación (por ser previa al Derecho e implicar únicamente la exención de coerción ilegal)²².

Justamente la vinculación del legislador por los derechos fundamentales está inscrita necesariamente en la relación jurídico-constitucional, toda vez que aquéllos impiden, por su propia naturaleza, que la posición jurídico-material contrapuesta del Estado sea superior a la que ellos proporcionan. La posición del titular de un derecho fundamental frente al legislador no es, por ello, la de sujeción o subordinación en el sentido clásico, sino cabalmente una de principal igualdad. Para lo que es capital que las potestades estatales asimismo fundamentales o básicas se conciban como poderes o, si se quiere, facultades jurídicos equivalentes a los derechos fundamentales (sobre la base del principio constitucional de igualdad material).

22 Ello explica, según GRÖSCHNER, R., que incluso R. ALEXY sostenga —en su teoría de los derechos fundamentales (*Theorie der Grundrechte*, Ed. Suhrkamp. Frankfurt a. M., 1986; traducción al castellano de GARZÓN VALDÉS, E. *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993) y llevado sin duda por las consecuencias que comporta la doctrina del *status*, que asume— que el *status negativus* está en la disposición del legislador. Conclusión ésta que entiende abiertamente en contradicción con el artículo 1.3 de la Grundgesetz, que postula la vinculación por dichos derechos del legislador, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial como Derecho inmediatamente aplicable. Como igualmente ha de considerarse incompatible con nuestro propio orden constitucional por razón de lo dispuesto en los artículos 9.1 y 53.1 CE.

Pues bien, en la relación jurídico-constitucional las aludidas potestades básicas estatales, aun teniendo un titular determinado, carecen todavía, sin embargo, de destinatario concreto. La potestad de legislar lo es, en efecto, respecto a todos los titulares de derechos fundamentales y solo ulteriormente experimenta determinación y encuentra límites a propósito de un preciso proceso normativo y en caso de conflicto con, es decir, afectación de concretos derechos fundamentales. Esta diferenciación de dos momentos sucesivos en la potestad legislativa (existencia en la norma constitucional y determinación ulterior con ocasión del ejercicio) se corresponde justamente con la distinción entre relación jurídica general y especial. Pues solo en las especiales surge la reciprocidad de posiciones activas y pasivas concretas que son totalmente prescindibles en la general constitucional, dado que en ella solo se trata de establecer las posiciones (potestades) fundamentales o básicas de los poderes públicos constituidos en el contexto de la relación generada por el propio orden constitucional; poderes-potestades que expresan ciertamente la idea unitaria basal de un poder público regulador capaz de imponerse, es decir, del fenómeno de establecimiento y ejecución unilaterales del Derecho²³, que se expresa en nuestro ordenamiento jurídico de manera fuerte en el artículo 9.2 CE.

El Estado está, pues, habilitado para establecer unilateralmente regulaciones jurídicas, es decir, dictar leyes, producir actos y adoptar fallos y, con ello, generar la validez y la vigencia jurídicas (de una ley o un reglamento, de un acto o de una sentencia) solo pensables justamente en virtud de la autoridad estatal. Refiriendo esta habilitación y, por tanto, la correspondiente potestad a relaciones de la vida social aparecen de suyo las tres formas correlativas en que la regulación de éstas puede tener lugar: como regulación general por ley o reglamento en el contexto de la relación jurídico-constitucional, como regulación especial por acto, convenio o contrato administrativos en el contexto de la relación jurídico-administrativa y como regulación especial *inter partes* por sentencia en el contexto de la relación jurídico-procesal.

Gracias a la renuncia (en el orden constitucional) a toda posición absoluta (de un lado, la soberanía, y de otro lado, la autonomía individual)²⁴ quedan

23 Señala R. GRÖSCHNER que este fenómeno unitario de poner en vigor Derecho puede ciertamente calificarse como originario del poder estatal, pero se diferencia del carácter originario tradicionalmente atribuido a la soberanía en que la naturaleza formal de las potestades colocan su ejercicio bajo la reserva de la pertinente habilitación material. La vinculación del poder constituido por los derechos fundamentales significa que la potestad de regulación no es ya el poder soberano *legibus solutus*, sino el poder inserto en la relación jurídico-constitucional y, por ello, vinculado constitucionalmente.

24 Conforme, recurriendo a la idea de E.W. BÖCKENFÖRDE del “poder constituyente como concepto frontera”, apunta R. GRÖSCHNER, solo la renuncia aludida en el texto posibilita una solución al dilema de la absolutización “del” Estado y “la” libertad: así como el poder político

así establecidas las bases de la relación jurídico-constitucional: el poder público constituido regulador y la libertad ciudadana. La más problemática de estas dos bases –la libertad– requiere la triple precisión siguiente:

1. El orden constitucional no establece, ni, por tanto, protege tanto la libertad (en el sentido de la libertad natural o existencial) cuanto libertades determinadas²⁵, por más que aquélla ejerza indudable importancia justamente en el momento “frontera” entre lo político no constituido y lo jurídico constituido a través de la dignidad de la persona (y el libre desarrollo de la personalidad) consagrada en el artículo 10.1 CE²⁶.

2. La libertad es la causa y no el fin de la relación jurídico-constitucional, lo que impide tanto la consideración de que la exigencia de libertad no precisa de mayor fundamentación por estar legitimada sin más por el fin mismo del Estado, como la imposibilidad de la subsistencia –en su sentido y alcance tradicionales– de la regla *in dubio pro libertate*, por no ser la jurídico-constitucional una relación simple bilateral Estado-ciudadano, sino una relación general inclusiva de todos los potenciales titulares de derechos fundamentales. En ella debería, por tanto, operar igualmente la presunción en favor de la libertad de aquél o aquéllos que resulten afectados por la libertad de otro(s). Pero ello conduciría jurídicamente al *non liquet* cuya evitación está en el origen precisamente de la presunción en favor de la libertad, no aportando verdadera solución tampoco la inversión de dicha presunción. La libertad constitucional es, por ello y necesariamente, una libertad que siempre concurre, en pie de igualdad, con otras libertades en el seno de la relación jurídico-constitucional.

aún no constituido se transforma en aquella frontera en poderes estatales constituidos, así lo hace la libertad natural aún no constituida en libertades constituidas. De ahí que dogmáticamente debería renunciarse al singular y hablarse más bien, de un lado, de los poderes vinculados por la relación jurídico-constitucional y, de otro lado, de las libertades que concurren en dicha relación.

25 Es convincente el razonamiento que desarrolla el Tribunal Constitucional Federal alemán en BVerfGE 10, 59 (81): no es posible extraer consecuencia precisa alguna del hecho de que el reconocimiento constitucional de los derechos humanos indisponibles e inviolables entendidos como pertenecientes a un orden de valores preestatal y suprapositivo (al que pertenece la libertad natural previa al orden constitucional) ya por el simple dato de la pluralidad de las doctrinas de Derecho natural, pues toda interpretación de los derechos fundamentales desde este último habría de descansar en la opción indebida por una determinada doctrina. La libertad constituida no puede ser en ningún caso, pues, la libertad natural.

26 De acuerdo con este precepto constitucional y siguiendo siempre a R. GRÖSCHNER, el Estado no se halla respecto de la libertad general del ciudadano en una relación de medios a fines, pues el orden constitucional que lo informa más que medio para la realización de dicha libertad es el marco jurídico de ésta.

3. Junto a la libertad (mejor: los derechos de libertad) existe en el orden constitucional (por deducible del orden sustantivo presidido por el libre desarrollo de la personalidad) también un principio de libertad²⁷.

Aunque en nuestro orden constitucional no se consagre el principio republicano, sino el de la monarquía parlamentaria, sí se proclama desde luego el de Estado democrático, por lo que cabe trasladar a nuestro orden constitucional la posición de J. HENKE²⁸ según la cual el principio significa negación de cualquier superior legitimación del Estado, la cual integra el primer componente del principio constitucional de libertad. Estado significa entonces orden de libertad en el sentido de oposición a cualquier sobrevaloración “del” Estado, pero también de la abstracta “libertad”, permitiendo comprender la relación Estado-ciudadano como una relación jurídica en la que los ciudadanos no son legislados, gobernados, administrados y tutelados jurídicamente gracias a un superior saber o conocimiento, sino sencillamente y sin más por sus iguales, es decir, por personas cuyas decisiones valen en virtud de la legitimación democrática de sus autores (en la medida en que ocupan cargos dotados de competencias reguladas jurídicamente y desempeñan funciones con la expresada legitimación).

El segundo componente del principio de libertad no es otro que el de optimización gracias al cual puede hablarse justamente de libertad en singular. En la medida en que inserta las concretas libertades garantizadas constitucionalmente en la relación jurídico-constitucional es, en efecto, el que determina realmente la libertad, pues implica el mandato de toma de la decisión (por el poder público) según el criterio de la mayor medida posible en cada caso de libertad global. Aplicado a la relación jurídico-constitucional por excelencia (la de ejercicio de la potestad de legislación) dicho criterio demanda: 1) la consideración de la libertad tanto de los destinatarios directos del acto legislativo de que se trate cuanto de los también afectados por éste; 2) la ponderación adecuada de la libertad de unos y otros en términos que permitan que cada una alcance la mayor efectividad posible; y 3) la determinación de esa mayor medida posible en la anterior ponderación a

27 En la doctrina alemana ya HESSE, K., “Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes” en *Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962*, Tübingen, 1962, ps. 71 a 95 alude a un principio constitucional de libertad, que luego GRABITZ, E. ha teorizado como principio jurídico deducible del orden constitucional en *Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheit*, Mohr Siebeck, 1976, y HOFMANN, H. en *Recht und Rechtsbesinnung. Gedächtnisschrift für G. Küchenhoff*, Berlín, 1987, p. 231 y ss. ha complementado con la observación de que el orden constitucional alemán ha fusionado las dos grandes tradiciones constitucionales europeas: la inglesa liberal reconducible a LOCKE (lo que luce en el adjetivo “freiheitliche”) y la republicana francesa reconducible a ROUSSEAU (lo que luce en el adjetivo “democrática”).

28 HENKE, J., “Republik”, en ISENSEE, JOSEF/KIRCHHOF, PAUL (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, T. I, C.F. Müller, Heidelberg, p. 863.

la luz de los requerimientos del interés general y, por tanto, de la realización en la mayor medida posible de la libertad como valor constitucional objetivo.

Es claro el *novum* con respecto a la solución clásica del Derecho Administrativo en punto a la intervención de la actividad de los sujetos privados. En dicha solución se opera teleológicamente, jugando el principio de proporcionalidad en el plano de la relación de medio a fin y quedando fuera de toda consideración la posición de cualquier sujeto distinto al afectado directamente por la medida interventora. La nueva basada en la relación jurídica emplea el principio de proporcionalidad en forma distinta, concretamente en el contexto de la vinculación recíproca de derechos y obligaciones, permitiendo la consideración de las posiciones de terceros. Lo específico de tal nueva perspectiva es que parte de una presunción a favor no de una concreta o particular libertad, sino –sobre la base del principio de libertad– justamente de la antes calificada como libertad como valor, con la consecuencia de la prevalencia de aquel principio sobre los restantes principios constitucionales. El principio de libertad (en cuanto derivado del valor constitutivo del fundamento mismo del orden constitucional según el artículo 10.1 CE) es el que proporciona el criterio último de equilibrio interno entre las notas del Estado constituido determinantes de su actuación como poder: el ser social y de Derecho, de modo que, en caso de duda, inclina la balanza a favor de la libertad.

Con ello la construcción así establecida supera, asumiéndola, la tradición de la policía administrativa de defensa frente a riesgos y peligros derivados de las actividades privadas, pues esta defensa es demandada tanto por los fines que son inherentes al Estado social (es decir, por tal principio) cuanto por la preservación de la libertad: la libertad constitucionalmente garantizada de los afectados justamente por el ejercicio de quienes actúan una libertad asimismo protegida (es decir, por el principio de libertad y, con él, el del Estado de Derecho). En el seno de la relación jurídico-constitucional derivada del ejercicio del poder de regulación la posición del legislador aparece así vinculada por el principio de libertad en los términos del orden constitucional y, por tanto, de la ya analizada ambivalencia del valor de la libertad: donde proceda garantizar la libertad procede simultáneamente, en efecto y por lo dicho, proteger la libertad.

Este deber de protección de la libertad queda claro desde la perspectiva de la relación jurídico-constitucional general, si se tiene en cuenta que la posición general del poder como regulador (legislador), si bien formalmente ejercitable con carácter general respecto de los ciudadanos titulares de derechos fundamentales, está limitada, sin embargo y en el plano material o sustantivo, por estos últimos. No se corresponde así sólo y sin más con un deber genérico de los ciudadanos de tolerar las consecuencias del ejercicio de tal facultad, sino justamente con una posición constitucional de los mismos que, comprendiendo dicho deber, está asegurada por aquellos derechos. Ello quiere decir que la posición del poder

público no puede ser considerada de forma aislada y en sí misma, sino como correlato de la de los ciudadanos en términos de contraposición de ambas que, no por no ser igual a la que media entre derecho y obligación (típica de las relaciones jurídicas especiales), puede ser desconocida sin más (consistiendo en la confrontación entre posiciones jurídicas generales).

El deber general del ciudadano de estar y pasar por el establecimiento y puesta en vigor unilaterales de Derecho válido no se puede fundamentar en el propio plano jurídico-positivo (otra cosa es en el filosófico-jurídico), pues del Derecho solo puede derivarse justamente Derecho (lo que impide a éste establecer él mismo la causa de su validez y vigencia). Lo que quiere decir: ha de considerarse –en el plano jurídico y, por tanto, en el contexto de la relación jurídico-constitucional– como reverso del poder de regular (en modo alguno respecto de concreto titular de concreto poder). De donde se sigue que el contenido y el alcance del deber de tolerancia del ciudadano no pueden ser mayores que los del poder regulador. Y dado que éste está vinculado por el orden de los derechos fundamentales y las libertades públicas, solo puede existir y operar en relación con ellos.

Se impone así la conclusión de que es la combinación entre vinculación sustantiva al orden de derechos fundamentales y libertades públicas y garantía constitucional de la protección de unos y otras la que determina la relación –en el seno de la jurídico-constitucional general– entre potestad de regulación y deber ciudadano de tolerancia.

Y si esto es así, también lo es –desde otro punto de vista y prescindiendo de los supuestos excepcionales admitidos de autotutela del ciudadano (como el de defensa en caso de necesidad)– que con el monopolio del poder de regulación se corresponde el de hacer efectivo –mediante coerción– el Derecho, del que es correlato, a su vez, el deber general del ciudadano de tolerancia. No es preciso así buscar el fundamento del deber estatal de protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en una responsabilidad genérica de establecimiento de la paz social, sino cabalmente aquí también en el principio de libertad. Y ello porque de la exigencia por éste que de la operación de distribución –por el poder constituido y en el plano infraconstitucional– de las libertades en los distintos supuestos de la vida social se realice el mayor grado posible del valor de la libertad cabe deducir sin más el juego junto a él (el principio de libertad) de un principio de protección de los derechos-libertades afectados en cada caso. Así resulta del requerimiento de consideración adecuada, en toda distribución concreta de libertades en el plano legal, de todos los derechos-libertades garantizados constitucionalmente (y potencial o efectivamente en conflicto).

V. EXCURSUS FINAL SOBRE EL CONTROL JUDICIAL

El orden constitucional vigente establece –respecto del control judicial del poder público administrativo– premisas que no siempre se tienen en cuenta

adecuadamente y que en todo caso merece la pena recordar. Son en esencia las siguientes:

i) Conceptuación expresa precisamente como control (artículo 106.1 CE), lo que no puede dejar de tener consecuencias. Destaca especialmente la consistente en que la intervención judicial solo puede tener lugar *ex post*, es decir, requiere el despliegue previo de una actuación administrativa suficiente para justificarla.

Esto así en virtud justamente del carácter de poder público constituido del Administrativo, capaz, en consecuencia, de adoptar por sí mismo –al igual que el Legislativo y el Judicial– decisiones unilaterales válidas (mientras no se anulen) y eficaces (es decir, vinculantes) y, por tanto, de la relación jurídico-constitucional en cuyo contexto se programa su actuación y de la jurídico-administrativa tanto general derivada de la anterior, como de la especial que en cada caso se trabe con uno, varios o múltiples destinatarios de aquella actuación en asunto determinado. Por tanto, la actuación previa de las características indicadas solo merece la conceptualización de privilegio en la misma medida en que sea aplicable igualmente a la del Legislativo o el Judicial.

De lo que se sigue que, desde la perspectiva de las referidas relaciones:

- la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE es una posición solo actuable –respecto del poder público administrativo– en términos y bajo la forma justamente de control, *ex post*. Y,
- el control tutelar judicial queda insoslayablemente impregnado por las características de su objeto (es decir: las del poder público administrativo y su actuación, en particular su servicio al interés general), determinándolo decisivamente.

ii) Acotación consecuente del objeto por relación justamente a la lógica organizativo-funcional del complejo Gobierno-Administración, con la singularidad –difícilmente encajable en el sistema constitucional²⁹– de su extensión a los decretos legislativos.

iii) Determinación del sujeto del control: los Tribunales (artículo 106.1 CE), es decir, los órganos judiciales colegiados.

La identificación en estos términos del sujeto plantea el problema de la extensión de la planta del orden jurisdiccional contencioso-administrativo a los

29 Extensión debida a la influencia ejercida por la brillante construcción debida a GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, que, si de gran utilidad en el régimen franquista, resulta sobrevenidamente –aun pudiendo considerarse asumido en él– un cuerpo extraño en el sistema determinado por el texto constitucional.

No obstante la referencia que el artículo 82.6 CE hace a la competencia de los Tribunales y precisamente porque es excesivamente genérica e imprecisa para ser interpretada como verdadera ampliación del control definido en el artículo 106.1 CE (en realidad es, pues, el legislador ordinario el que la ha consagrado sobre la base de tal interpretación), la inclusión del control de los Decretos

Juzgados, es decir, a órganos unipersonales. Pues no parece que aquí pueda considerarse que el constituyente haya empleado el término “Tribunales” de manera genérica e inespecífica. Es abrumadoramente mayoritaria la referencia constitucional precisa en ese terreno cuando la alusión es a todos los órganos, unipersonales y colegiados, de la planta judicial (en el título VI relativo al “Poder Judicial”): los artículos 117.3 y 4, 118 y 122.1 CE emplean, en efecto, la expresión “Juzgados [o Jueces] y Tribunales”, de modo que la que pudiera entenderse como genérica es absolutamente excepcional (artículo 117.5 y 6. CE).

Cabe, pues y cuando menos, la duda de la constitucionalidad de la evolución de la organización el orden jurisdiccional contencioso-administrativo si se considera, como debe hacerse, que dicho orden debe ser especializado por razón de su función constitucional y que ésta forma parte del sistema asimismo constitucional de control jurídico interfuncional, lo que vale decir entre poderes públicos constituidos. Elementos importantes de consideración éstos en modo alguno de consecuencias baladíes (al poder ser imputables a su débil ponderación la debilitación del *status* de poder público observable en el administrativo) en cuanto, de un lado, en nada proclives a la dilución observable de la “especialidad” en la integración de los órganos del aludido orden y, de otro lado, en principio exigente –dado el objeto del control– de la preferencia por el carácter colegiado del órgano judicial.

iv) Claridad, aunque solo aparente, del criterio de control: la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (que es solo otro modo de decir lo mismo, dada la determinación constitucional de aquella actuación) [artículo 106.1 CE]. El control judicial es, pues, estrictamente jurídico, como correlato obligado a la legitimación objetiva del Poder Judicial (conexión con el principio democrático gracias al de Estado de Derecho, es decir, la sujeción completa a la legalidad emanada de los órganos dotados de legitimación democrática propia, directa o indirecta) y la consecuente acotación de su función: juzgar (formulación de juicio, aplicando la legalidad, sobre la actuación administrativa) y hacer ejecutar lo juzgado (hacer efectivo el juicio efectuado) [artículo 117 CE].

Legislativos en el artículo 1 LJCA (“cuando excedan los límites de la delegación”) resulta cuestionable constitucionalmente. Los Decretos Legislativos expresan solo el ejercicio delegado de una potestad formalmente legislativa (de la titularidad de Las Cortes) y en modo alguno de una potestad normativa originaria del Gobierno, ni siquiera en lo que excedan de la delegación parlamentaria (si así fuera realmente, el inciso antes aludido del artículo 1 LJCA sería, en rigor, superfluo). Pues tal exceso es inconstitucional y nulo no porque el Gobierno haya invadido campo reservado a la Ley, sino sencillamente por *ultra vires* respecto de la delegación conferida por el órgano parlamentario. Y quien controla en la Constitución el ejercicio correcto (constitucionalmente hablando) de la potestad legislativa es solo el Tribunal Constitucional.

Pero la legalidad no está limitada, como es bien sabido, a la Ley (entendida aquí como norma escrita), pues vale por ordenamiento jurídico presidido por la Constitución (conforme dice el artículo 9.1 CE). El Estado actual, sujeto a un fuerte proceso de mundialización (sobre todo en la dimensión de la vida económica), está constituido como abierto a la integración supranacional que, sin dejar de ser social, adquiere progresivamente nueva dimensión como Estado garante, es decir, basado –gracias a la desagregación de su responsabilidad en una de mera garantía y otra de ejecución material– en la asunción de la posibilidad de la utilización instrumental del mercado para la realización de tareas materialmente públicas (incluidas las de supervisión y control³⁰) mediante el traslado a aquél de la segunda de dichas responsabilidades. Y en este Estado, en el que el modo de cumplimiento de las tareas públicas ha variado sustancialmente, haciendo pasar a primer plano la eficacia de los deberes y la protección de los derechos, el ordenamiento ha dejado de ser homogéneo y vertebrado básicamente sobre la jerarquía de sus elementos normativos: es ya un ordenamiento complejo y “heterárquico” porque al pluralismo de las fuentes públicas se une la admisión de fuentes privadas. Todo lo cual coloca el control judicial ante nuevos e inéditos retos aún por explorar, pero que desde luego no pueden ser despejados satisfactoriamente desde la organización y el funcionamiento actuales del orden contencioso-administrativo.

En todo caso las precedentes premisas constitucionales no están precisamente (tomadas en serio) en línea con el curso actual de la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa; curso caracterizable como normalización del proceso contencioso-administrativo sobre la referencia del jurídico-civil (una de cuyas manifestaciones más visibles es la creciente importancia de la función supletoria de la legislación procesal civil).

No puede sorprender, en efecto, que la situación actual sea confusa:

- El ámbito de conocimiento de los órganos del orden contencioso-administrativo se acota (artículo 1.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, LJCA) en principio por relación, junto con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley, a la actuación de las Administraciones públicas. A pesar de las posibilidades que, por su gran amplitud, ofrece este último concepto, la propia LJCA las restringe luego al referirse luego a la actividad (a propósito de quienes no pueden interponer recurso –artículo 20– y también al acuñar la rúbrica “actividad administrativa impugnabile” del Cap. I del título III), lo que acaba traducándose en que el ámbito de conocimiento viene dado, en realidad, por la

30 Descarga de tareas de supervisión y control en privados en forma diversa (como, por ejemplo, la de las acreditaciones, certificaciones y auditorías) que hace emerger (sobre la base de la responsabilidad de garantía) un nuevo tipo de supervisión y control administrativos (el relativo a las tareas de control desempeñadas por agentes no públicos).

suma de figuras concretas: los actos expresos y presuntos (con o sin la eficacia de los expresos), la inactividad, las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho, el cumplimiento de obligaciones de realización de una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas y la no ejecución de actos firmes (artículos 25 a 30 LJCA).

- El conocimiento judicial determinado por el objeto del proceso no es, sin embargo, el control (en sentido estricto) de la “actuación” anterior “impugnable”, sino el o las pretensiones deducidas (de entre las previstas en los artículos 31 y 33) en relación con o a propósito de dicha actuación (artículos 1 y 33 LJCA).

La combinación de esta confusión y el proceso de normalización hace que la forma de control impuesta constitucionalmente en este ámbito a la tutela judicial pierda su consustancial impregnación por las características del objeto (la actuación administrativa teleológicamente definida por su fin: el interés general o bien común) a favor de su centrado en la contraposición tradicional entre situaciones jurídicas individualizadas y acción del poder público administrativo en cualquiera de las concretas manifestaciones antes expuestas, sin suficiente consideración de la incidencia en las situaciones de terceros o, incluso, la generalidad. Parece clara la necesidad de un enfoque actualizador que, al propio tiempo que conserve las dimensiones indudablemente positivas de la evolución en curso, incorpore las correcciones y los complementos precisos para recuperar la función constitucional del control judicial. Y es precisamente la perspectiva aquí abordada, es decir, la de la cascada sucesiva de relaciones jurídicas (las generales jurídico-constitucional y jurídico-administrativa y las especiales de esta última naturaleza), que está aún esencialmente inédita, la que parece más adecuada al efecto.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

I

Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - LUIS ARROYO JIMÉNEZ - MARIANO BACIGALUPO SAGGESE
ANA MARIA BESTARD - FEDERICO CAMPOLIETI - WALTER FABIÁN CARNOTA
LUIS CASARINI - DARÍO CIMINELLI - PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO
ISAAC AUGUSTO DAMSKY - NICOLÁS DIANA - GUIDO JULIAN DUBINSKI
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ - AGUSTÍN GORDILLO - MIRIAM MABEL IVANEGA
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO - ENRIQUE LAVIÉ PICO - XIMENA LAZO VITORIA
SERGIO MOHADEB - ORLANDO JAVIER MORENO - LUCIANO PAREJO ALFONSO
JULI PONCE SOLÉ - CLAUDIO MATÍAS POSDELEY - GALA RAMOS
MARIO REJTMAN FARAH - RICARDO RIVERO ORTEGA - HORACIO ROSATTI
JOSÉ L. SAID - SILVANA SANTORO - FABIANA HAYDEÉ SCHAFRIK DE NÚÑEZ
ADRIÁN R. TIMPANARO - JUAN ANTONIO TRAVIESO - GUILLERMO F. TREACY
ROGELIO W. VINCENTI - FRANCISCO VIQUE



UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2016

El control de la Actividad Estatal I / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

1. Derecho Administrativo. I. Rosatti, Horacio. II. Alonso Regueira, Enrique, director. CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina